Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

(B.G.B. § 675.)

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Puttkammer

aus Regensburg.

Kammergerichtsreferendar in Berlin.

Approbiert am 9. Oktober 1907.

BERLIN

Buchdruckerei H. Büttner.

1907.

71

Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

(B.G.B. § 675.)

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Puttkammer

aus Regensburg.

Kammergerichtsreferendar in Berlin.

Approbiert am 9. Oktober 1907.

BERLIN

Buchdruckerei H. Büttner.

1907.

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Literaturverzeichnis.

Albert, Der Begriff „Geschäftsbesorgung", Tübinger Diss. 1905.

Bernau, Die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktien-Gesellschaft (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 44 [1902] S. 225 ff.)

Bormann, Beiträge zur Erklärung der Geschäftsbesorgung in § 675 des B.G.B. Göttinger Diss. 1901.

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 3. u. 4. Aufl. Jena 1900 und 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Dernburg, Pandekten 2. Bd 1. Aufl. 1886, 2. Aufl. 1889 und 7. Aufl. 1903.

— Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 2. Bd. 1889.

— Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 2. Bd., Halle a. S. 1901.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.G.B., 2. Bd., Mannheim 1901.

Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B., 3. Liefg.; 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

— Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 48.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1. Bd., Berlin 1903.

Endemann, W., Die rechtliche Behandlung der Arbeit, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 67, Jena 1896.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht, 1. Bd., 2. Aufl., Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Goldmann und **Lilienthal,** Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl. Berlin 1903.

Gutachten aus dem Anwaltsstand zum Entwurf eines B.G.B. 1890.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B., Mannheim 1898.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 7. Berlin 1898.
Heinsheimer, Das B.G.B., Bd. I., 2. Aufl., Karlsruhe 1901.
Hellmann, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 41.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
— Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, Berlin 1905.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B., Jena 1904.
Jäger, Kommentar zur K. O., 2. Aufl. Berlin 1904.
Kuhlenbeck, Das B.G.B. für das Deutsche Reich, Bd. I., Berlin 1903.
— Von den Pandekten zum B.G.B., II. Teil, Berlin 1899.
Laband, „Zum II. Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich". Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 74.
Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge, Jahrb. f. Dogm., Bd. 44.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. 1, Leipzig 1902.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgl. Rechts. Berlin 1900, Bd. I.
Michaelis, Der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 B.G.B. Rostocker Diss. 1902.
Motive zum Entwurf eines B.G.B. Amtl. Ausgabe, Berlin 1896, 2. Bd.
Neumann, Handausgabe des B.G.B., Berlin 1905, 4. Aufl.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1. Aufl. 1899, und 2. Aufl. 1906.
Planck, Kommentar zum B.G.B., 2. u. 3. Aufl., Berlin 1898 und 1907, 2. Bd.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B., Berlin 1898.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem B.G.B., Jena 1900.
Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B., Erlangen 1898.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B.G.B., Berlin, 1. Aufl. 1897, 2. Aufl. 1904.
Sigel, Der gewerbl. Arbeitsvertrag nach dem B.G.B., Stuttgart 1903.
Siméon, Recht und Rechtsgang, Bd. 1., 3. Aufl., Berlin 1901.
Staub, Kommentar zum H.G.B., Bd. 2., Berlin. 7. Aufl. 1907.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. 2., München 1905.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. 2, Frankfurt a. M. 1906.
Zusammenstellung gutachtlicher Äusserungen zum Entwurf eines B.G.B. gefertigt im Reichs-Justizamt, 2. Bd. 1890.

Inhaltsangabe.

§ 1. Einleitung. Entstehung des § 675 B.G.B. 1

Teil I.

Begriff der Geschäftsbesorgung.

§ 2. Bedeutung der Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675, 677 B.G.B. 6

§ 3. Die in der Literatur vertretenen Ansichten über den Begriff der Geschäftsbesorgung 12

§ 4. Ansicht des Verfassers 26

Teil II.

Die für einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, geltenden Vorschriften.

§ 5. Die Anwendung der Bestimmungen des Dienstvertrages der §§ 611 ff. auf den Dienstvertrag des § 675 B.G.B. 30

§ 6. Die Anzeigepflicht bei Ablehnung der Geschäftsbesorgung. (§ 663 B.G.B.) 33

§ 7. Die Pflichten des Dienstleistenden.

a) Die Befugnis zur Abweichung von den Weisungen des Dienstherrn. (§ 665 B.G.B.) 38

b) Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung (§ 666 B.G.B.) 41

c) Die Pflicht zur Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten. (§ 667 B.G.B.) . 43

d) Die Verzinsungspflicht des Dienstleistenden (§ 668 B.G.B.) 45

§ 8. Die Pflichten des Dienstherrn.

a) Die Vorschusspflicht des Dienstherrn. (§ 669 B.G.B.) 47

b) Die Erstattungspflicht des Dienstherrn. (§ 670 B.G.B.) 48

§ 9. Das Erlöschen des Dienstvertrages.

a) Die Kündigung seitens des Dienstleistenden. (§ 671 Abs. 2.) 51

b) Tod des Dienstherrn. (§ 672 B.G.B.) 51

c) Tod des Dienstleistenden. (§ 673 B.G.B.) . . . 53

d) Die relative Fortdauer des Dienstverhältnisses zu Gunsten des gutgläubigen Dienstleistenden (§ 674 B.G.B.) 54

e) Konkurs des Dienstherrn. (§ 23 K. O.) 55

Der Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. (§ 675 B.G.B.)

Einleitung.

§ 1.

Entstehung des § 675 B.G.B.

Der erste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches hat in §§ 585, 586 einen „Auftrag" geregelt, welcher analog den Bestimmungen des gemeinen Rechts sowohl unentgeltlich sein kann, als auch das Versprechen einer Vergütung zulässt:

§ 585: „Durch die Annahme des Auftrags wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber aufgetragene Geschäft für diesen zu besorgen."

§ 586: „Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren."

Über die Frage, worin das Wesen des Auftragsvertrages besteht, und durch welche ausschlaggebenden Merkmale sich dieser Vertrag vom Dienstvertrage [1])

[1]) „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, (Dienstverpflichteter) verpflichtet, dem andern Vertragschliessenden (Dienstberechtigter) die vereinbarten Dienste zu leisten, der Dienstberechtigte verpflichtet, dem Dienstverpflichteten die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Gegenstand des Vertrags können Dienste jeder Art sein." (vgl. Entwurf, Amtliche Ausgabe 1888.)

bezw. Werkvertrage [1]) unterscheidet, gibt der Entwurf keine Auskunft. Die Aufgabe, diese Frage zu lösen, entzieht sich vielmehr, wie die Motive sagen, [2]) der Erledigung durch das Gesetz. Sie falle in das Gebiet der Wissenschaft, welcher auch ohne Besorgnis ihre Lösung überlassen werden könne. Dadurch, dass der Gesetzgeber von „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" sprach, sollte lediglich klar gestellt werden, dass der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag sei, als der Dienstvertrag.

Inwiefern allerdings der Auftragsvertrag des § 585 ein anderer sei, als der Dienstvertrag des § 559, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich. Auch die Motive vermeiden es, für den Ausdruck „Geschäft" eine nähere Erklärung zu geben, und begnügen sich damit, festzustellen, dass das Wort „Geschäft" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und der Sprache des Entwurfs insbesondere die Deutung nicht zulasse, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, eine blosse tatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre. Eine und dieselbe Handlung könne vielmehr bald Gegenstand eines Mandatsvertrages, bald eines Dienstvertrags sein, wie im Einzelfalle auch die Entscheidung zwischen Mandat und einem anderen Vertrag (z. B. Hinterlegungsvertrag) in Frage stehen könne. Wichtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen werde es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschliessenden entsprechen. Die Umstände des einzelnen Falls könnten auch so liegen, dass

---

[1]) „Durch den Werkvertrag wird der Übernehmer zur Herstellung des übernommenen Werks, der Besteller zur Entrichtung der dafür vereinbarten Vergütung verpflichtet." (vgl. Entwurf, Amtliche Ausgabe 1888.)

[2]) Mot. II. S. 526.

ein aus Elementen verschiedener Vertragsverhältnisse gemischter Vertrag anzunehmen sei. [1])

Diese unzureichende Unterscheidung des Auftragsvertrags vom Dienst- und Werkvertrag hatte zur Folge, dass der Wortlaut des § 585 von den meisten lebhaft bekämpft wurde. [2])

Daher entschied sich die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes für die Beseitigung des entgeltlichen Auftrags und bestimmte dessen Unentgeltlichkeit. Der § 586 wurde gestrichen.

Hierdurch schied das Mandat aus der Gruppe der entgeltlichen Arbeitsverträge aus, und es waren demgemäss letztere dem Begriff des Dienst- bezw. Werkvertrages zu unterstellen.

Es wurden jedoch viele für den Auftrag geltende Vorschriften auch in der Folge noch auf entgeltliche Arbeitsverträge angewendet, da man fand, dass die Vorschriften über den Auftrag auch auf gewisse Dienst- bezw. Werkverträge anwendbar waren und zwar nach Ansicht der Kommission [3]) ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis überall da, wo es sich beim Dienst- oder Werkvertrag um eine Geschäftsbesorgung für den Dienstberechtigten oder Besteller handelt.

Diese Erwägung führte zur Annahme des Antrags auf Einschaltung eines § 603a durch die Kommission, [4])

---

[1]) Motive II. S. 527.

[2]) Vgl. die Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zum Entwurf eines B.G.B., gef. im Reichsjustizamt 1890, Bd. 2, S. 329 und 330; sowie Gutachten aus dem Anwaltstand S. 110 ff. (Hachenburg) und S. 861 ff. (Loewenfeld). Nur wenige, darunter Laband. Zusammenstellung etc. S. 330, billigten das Verfahren des Entwurfs.

[3]) Prot. II. S. 377.

[4]) Prot. II. S. 376/77; § 603a: „Die Vorschriften der §§ 590—595, 599—603 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung in einem Dienst- oder Werkvertrage übernommen ist."

welcher mit einigen formellen und materiellen Abänderungen als § 606 dem Reichstage vorgelegt und als § 675 B.G.B. zum Gesetz erhoben wurde. § 675 B.G.B. lautet:

„Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671, Abs. 2 entsprechende Anwendung."

Bereits in der Kommission für die 2. Lesung wurde die Frage aufgeworfen, in welchem Sinne die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung zu verstehen sei, da die Ausdrucksweise des Gesetzgebers keine bezeichnenden Merkmale für die Auslegung enthalte. Die Kommission lehnte jedoch eine Entscheidung dieser Frage im Gesetz selbst ab mit der Begründung, dass sich der Begriff der Verpflichtung zur „Geschäftsbesorgung" im Rahmen einer Gesetzesbestimmung auch durch eine anderweite Fassung nicht erschöpfend verdeutlichen lassen würde, und beschloss, die Entscheidung der Wissenschaft zu überlassen.

Die Wissenschaft, die sich schon eingehend mit dieser Frage beschäftigt hat, ist bis jetzt noch zu keiner Einigkeit gelangt. Während der Begriff der Geschäftsbesorgung von Staub [1]) als eine crux des neueren Rechts oder von Jäger [2]) als dunkelster Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen bezeichnet wird, wird von Riezler [3]) die Ansicht vertreten, dass die ganze Frage jedenfalls praktisch eine ziemlich unwichtige sei. Dies

[1]) Staub: a. a. O. zu § 362 A. 2 Berlin 1900.
[2]) Jaeger: a. a. O. zu § 22 A. 10. S. 185.
[3]) Riezler: a. a. O. S. 74.

kann jedoch schon mit Rücksicht auf die Rechtswirkungen der Geschäftsbesorgung nicht zugegeben werden.

Es soll daher versucht werden, im Folgenden den Begriff der „Geschäftsbesorgung“ bezw. ihren Tatbestand festzustellen.

Teil I.

Begriff der Geschäftsbesorgung.

§ 2.

Bedeutung der Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675, 677.

Die Worte „Geschäftsbesorgung“ oder „ein Geschäft besorgen“ fanden zuerst Aufnahme im alten H.G.B. Art. 290 (im neuen H.G.B. §§ 354, 362) und wurden sowohl in die Konkursordnung (§ 23 Abs. 2) wie in das B.G.B. übernommen. Dort finden wir sie ausser im § 675 insbesondere in den §§ 662 und 677. Diese lauten:

§ 662: „Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.“

§ 677: „Wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt, oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmasslichen Willen es erfordert.“

Über die Frage, ob der Begriff der Geschäftsbesorgung in den zitierten Paragraphen ein einheitlicher sei, herrscht Streit.

Die herrschende Meinung[1]) geht dahin, dass der Ausdruck „Geschäft" in den §§ 662, 675 und 677 eine technische Bedeutung besitzen solle, und man unter „ein Geschäft besorgen" und „Geschäftsbesorgung" dasselbe zu verstehen habe.

Diese Ansicht sucht man unter anderem damit zu begründen, dass man auf die geschichtliche Entwickelung[2]) des § 675 hinweist und sagt[3]), dass schon der Wortlaut des § 603a den engen Zusammenhang zwischen § 662 und § 675 erkennen lasse, indem er von einer Verpflichtung „zur" — nämlich zu der bereits im ersten Paragraphen des gleichen Titels, § 585, dem Ausgangspunkt des jetzigen § 662, erwähnten Geschäftsbesorgung in einem Dienstvertrage spreche.

Diese etwas gesuchte Begründung ist m. E. schon durch die endgültige Fassung des § 675, der nicht mehr von der, sondern von einer Geschäftsbesorgung spricht, unhaltbar. Aus dem Umstand, dass § 675 im Auftragstitel steht[4]) und auf Paragraphen verweist, in welchen von „Geschäftsbesorgung" im Sinne des Auftrags die

[1]) Vgl. Riezler a. a. O. S. 75, Brückmann a. a. O. S. 27, Endemann a. a. O. S. 1080, 1098 Anm. 3. 1119, Heinsheimer a. a. O. S. 261, Hellwig a. a. O. S. 10, Isay a. a. O. Höchstädter a. a. O. S. 8. ff., Staudinger a. a. O. S. 526, Planck a. a. O. S. 653, neuerdings auch Oertmann a. a. O. S. 692, auch Schollmeyer a. a. O. S. 91. 100. 127 hat sich dieser Meinung angeschlossen; die Ansicht, dass der Begriff Geschäftsbesorgung wenigstens in § 662 und § 675 dasselbe bedeute, vertreten: Bernau a. a. O. S. 234, 235, Cosack a. a. O. S. 547, Lotmar a. a. O. S. 275.

[2]) Planck a. a. O. S. 653 zu § 662, indem er anführt, dass weder das römische Recht noch die neueren Gesetze einen Unterschied zwischen Aufträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben und anderen Aufträgen kannten. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des 1. Entwurfs sei daher nicht anzunehmen, dass eine besondere Gruppe von Aufträgen gebildet werden sollte und deshalb der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" enger zu fassen sei.

[3]) Vgl. u. a. Höchstädter a. a. O. S. 10, Michaelis a. a. O. S. 7.

[4]) Albert a. a. O. S. 41.

Rede ist, sowie der Stellung des Titels „Geschäftsführung ohne Auftrag“ unmittelbar hinter dem Titel „Auftrag“ und der Verweisung auf diesen durch § 677, könnte vielleicht gefolgert werden, dass die Geschäftsbesorgung in den Paragraphen im gleichen Sinne aufzufassen sei; auch könnte man in der zwar nicht gleichen, immerhin aber ähnlichen Ausdrucksweise des Gesetzes einen Hinweis auf die gleiche Bedeutung des Begriffs „Geschäftsbesorgung“ sehen. Man hat auch auf die von den Materialien zu diesen Paragraphen zwar nur (!) negativ gehaltene, aber einheitlich gegebene Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung zur Begründung der herrschenden Meinung hingewiesen.[1])

In allen diesen Fällen handelt es sich jedoch nur um Vermutungen, die auf Äusserlichkeiten gestützt sind und m. E. einer hinreichenden inneren Begründung entbehren.

Folgt man dagegen den Ausführungen Oertmanns (in Aufl. 1)[2]), Siméons[3]) u. a., so hat man die Geschäftsbesorgung des § 675 in einem anderen, engeren Sinne aufzufassen, als die der §§ 662 und 677.

Diese auch von Matthias, Enneccerus, Bormann a. a. O. u. a.[4]) in ähnlicher Weise vertretene Auffassung ist wohl die richtige.

Dass der Begriff „Geschäftsbesorgung“ in § 675 in einem anderen, engeren Sinne gebraucht ist, als in

---

[1]) Höchstädter a. a. O. S. 12.

[2]) Oertmann a. a. O. 1. Auflage Anmerkung 1 b zu § 675. — In der zweiten Auflage hat Oertmann dieses „immerhin missliche Aushilfsmittel“ aufgegeben. Er folgert nunmehr mit Isay, Lenel, Bernau u. a., dass die unentgeltlichen, nicht auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstleistungen überhaupt nicht gesetzlich geregelt seien. (2. Auflage S. 692.)

[3]) Siméon a. a. O. S. 444.

[4]) Bormann a. a. O. S. 14 ff; Enneccerus a. a. O. S. 705, 699. Matthias a. a. O. S. 604. Eck a. a. O. S. 513, 533/34.

den §§ 662 und 677, geht m. E. bei folgender Erwägung aus dem Gesetz selbst hervor.

Der § 675 bestimmt, dass auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, gewisse Vorschriften über den Auftrag angewendet werden sollen.

Diese Ausdrucksweise des Gesetzes zwingt zu der Folgerung, dass ein Unterschied zu machen sei zwischen dem Dienstvertrag im allgemeinen und einem Dienstvertrag, welcher auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist. Auf ersteren werden demgemäss die Vorschriften über den Auftrag keine Anwendung finden. Gibt es nun aber Dienstverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben?

Wenn man sich der herrschenden Meinung anschliesst und annimmt, dass die Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675 und 677 die gleiche ist, wird man bei der Beantwortung dieser Frage zu folgendem unmöglichen Resultat kommen:

Nach Massgabe der Bestimmungen des 2. Entwurfes[1] ist als Unterscheidungsmerkmal, und zwar m. E. als einziges Unterscheidungsmerkmal zwischen einem Dienstvertrag und einem Auftrag die Unentgeltlichkeit des letzteren festgesetzt worden. Dass die Art der Tätigkeit des Dienstleistenden oder des Beauftragten in gewisser Weise unterschieden werden müsse, ist dagegen nirgends angedeutet. So konnte schon nach der Ansicht der ersten Kommission[2] eine und dieselbe Handlung bald Gegenstand eines Auftragsvertrages, bald eines Dienstvertrages sein.

Man wird also — und dies noch mehr, wenn man der herrschenden Ansicht Rechnung tragend, die Geschäftsbesorgung als ein zweites Begriffsmerkmal des Auftrages, neben der Unentgeltlichkeit ansehen will, —

[1] Prot. Bd. II. S. 351 ff.

[2] Mot. II S. 527.

zu dem gewagten Schlusse kommen, dass mangels gegebener Unterscheidungsmerkmale die Geschäftsbesorgung auch Tatbestandsmerkmal des Dienstvertrages ist, und somit jeder Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.

Diese Folgerung würde aber dem § 675 jeden Sinn und Zweck nehmen.

Man muss deshalb wenigstens zu einer engeren Auslegung des § 675 kommen, wenn man nicht mit Matthias [1]) dem Worte „Geschäft" in § 662 überhaupt jede technische Bedeutung absprechen will.

Dies ergibt sich aus folgendem Gesichtspunkte:

Legt man nämlich dem Ausdruck „Geschäft" in § 662 eine technische Bedeutung bei, so werden alle unentgeltlichen Arbeitsverträge, welche keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, nicht nur von der Behandlung als Aufträge ausgeschlossen, sondern finden überhaupt keine rechtliche Regelung. [2])

Die von den Motiven [3]) vertretene, lebhaft bekämpfte Ansicht, dass unter Umständen in der unentgeltlichen Leistung von Diensten eine Schenkung liegen könne, ist m. E. nicht schon deshalb unzutreffend, weil nach § 516 B.G.B. eine Schenkung nur vorliegt, wenn die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers kommt; die Leistung von Diensten kann unter Umständen [4]) sehr wohl eine Zuwendung im Sinne des § 516 B.G.B. enthalten.

Allein diese besonderen Umstände sind in der Praxis überaus selten; meistens wird es bei der Leistung von Diensten entweder an einer Bereicherung des Be-

[1]) a. a. O. S. 604.

[2]) vgl. Isay a. a. O. S. 46, Höchstädter a. a. O. S. 9 und 10; a. M.: Bormann a. a. O. S. 16, Bernau a. a. O. S. 231 Anm. 1; vgl. Anm. 1 der folgenden Seite, und S. 9 Anm. 2.

[3]) Mot. II S. 528, 459.

[4]) vgl. Oertmann a. a. O. Anm. 3 Abs. 2 zu § 516, Anm. 3 zu § 517; S. 448.

rechtigten oder an einem Ärmerwerden des Verpflichteten fehlen.

Aber selbst wenn man annimmt, dass die unentgeltliche Leistung von Diensten, die nicht mit einer Geschäftsbesorgung verbunden sind, eine Schenkung nicht darstellt, so glaubt doch eine Gruppe von Autoren,[1]) die Streitfrage in der Weise lösen zu können, dass sie auf alle Verträge, durch welche sich jemand zur unentgeltlichen Arbeitsleistung ausserhalb des Kreises der Geschäftsbesorgung verpflichtet, die Bestimmungen des Auftrags- und Dienstvertragsrechtes entsprechend anwendet.

Es mag dahingestellt bleiben, inwieweit diese Ansicht nicht zu „unhaltbaren" Resultaten führt. Eine Lösung der Streitfrage bringt sie jedenfalls nicht.

Wenn schliesslich von der Gegenseite noch auf die Ausführungen in den Protokollen[2]) hingewiesen wird, laut welchen die in dem einzuschaltenden § 603a angeführten Vorschriften wegen ihres allgemeinen Inhalts überall da passten, wo es sich um eine Geschäftsbesorgung für den Dienstberechtigten handle, und behauptet wird, die Protokolle müssten doch wohl eine Gleichheit des Tatbestandes beim Auftrag wie bei dem von ihnen selbst als „entgeltlichen Auftrag" bezeichneten Vertrage des § 606 vorausgesetzt haben, so ist damit noch nicht gesagt, dass trotzdem eine mehr oder weniger extensive oder restriktive Interpretation des einen oder anderen Begriffs unzulässig sei, zumal wenn man sonst zu unmöglichen Ergebnissen kommt.

Es ist nunmehr zu untersuchen, wann die Tätigkeit des Verpflichteten als „Geschäftsbesorgung" bezeichnet werden muss.

---

[1]) vgl. die in Anmerkung 2 der vorigen Seite zitierten, und S. 9 Anm. 2.

[2]) Prot. S. 377.

§ 3.

Die in der Literatur vertretenen Ansichten über den Begriff der Geschäftsbesorgung.

Die einzige, spärliche Quelle für die Auslegung des Begriffes der Geschäftsbesorgung findet sich in den Protokollen [1]) für die zweite Lesung des Entwurfes zum B.G.B.

Dort heisst es:

„In der Regel werde es sich bei der Geschäftsbesorgung um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereiches des Geschäftsherrn vorzunehmen sei."

Infolge dieser unbestimmten, jeder Abgrenzung entbehrenden Erklärung des Begriffes der Geschäftsbesorgung haben sich in der Literatur über die Merkmale der Geschäftsbesorgung die verschiedensten Ansichten herausgebildet.

Die weitestgehende Auffassung vertritt Hachenburg. [2]) Er erklärt, man könne eine Unterscheidung zwischen Dienstleistungen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hätten, und solchen, bei denen das nicht der Fall sei, nicht machen, und will demgemäss die in § 675 angeführten Vorschriften auf alle Dienstverträge angewendet wissen. Neuerdings wird die Auffassung Hachenburgs auch von Planck [3]) geteilt, welcher zu dem Ergebnisse gelangt, dass der § 675 bei allen Dienstverträgen anzunehmen sein wird. Dies entspreche auch, soviel zu sehen, der Auffassung der Praxis.

---

[1]) Prot. II S. 377.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 17.

[3]) Planck a. a. O. S. 676.

Wenn man sich diesen Ansichten anschliesst, kommt man zwar ziemlich einfach über alle Schwierigkeiten hinweg, man setzt sich aber mit den Bestimmungen des Gesetzes, welches in § 675 ausdrücklich zwischen zwei Arten von Dienstleistungen unterschieden wissen will, in Widerspruch.

Daher sind die Auffassungen von Hachenburg und Planck m. E. schon aus diesem Grunde zu verwerfen.

Der unbestimmten Ausdrucksweise der Motive entsprechen ferner die folgenden viel zu weitgehenden Definitionen.

So liegt nach Neumann [1]) Geschäftsbesorgung für einen anderen in den Fällen vor, in welchen die Sorge für das Interesse einer Person an ihrer Stelle von einem anderen ausgeübt wird oder (nach Auffassung des Verkehrs) ausgeübt zu werden pflegt.

Brückmann [2]) versteht unter Geschäftsbesorgung: „Interessenvertretung, bei welcher es gleichgültig sei, welcher Art die zum Zwecke der Geschäftsbesorgung entwickelte Tätigkeit sei, ob rechtsgeschäftlich oder faktisch, wenn nur das Geschäft überhaupt durch einen Vertreter besorgt werden könnte."

Gar keine Abgrenzung des Begriffs ist endlich gegeben in der Definition von Kuhlenbeck [3]): „Das Geschäft braucht keine Rechtshandlungen zum Gegenstand zu haben, es kann auch in bloss tatsächlichen Dienstleistungen bestehen."

Diesen, im weitesten Sinne gehaltenen und deshalb unbefriedigenden Definitionen gegenüber stehen die Ansichten von: Staub, [4]) Matthias, [5]) Engelmann, [6]) Siméon [7])

[1]) Neumann a. a. O. Vorbem. zu § 662, und S. 32.
[2]) Brückmann a. a. O. S. 21.
[3]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 540 Vorbem. zu § 662, 675 Anm. 1.
[4]) Staub a. a. O. zu § 362 A. 2—4, S. 1304—5.
[5]) Matthias a. a. O. Bd. 1, § 125.
[6]) Engelmann a. a. O. § 117.
[7]) Siméon a. a. O. S. 444.

und Enneccerus, [1]) welche auf die Art der Tätigkeit des Dienstleistenden Gewicht legen, um zu einer Begriffsbestimmung zu gelangen.

Die engste Auffassung vertritt in dieser Hinsicht Staub. Er bezieht die Geschäftsbesorgung lediglich auf die Vornahme von Rechtsgeschäften für Rechnung eines anderen, sei es im eigenen oder in fremdem Namen.

Veranlasst ist Staub zu seiner Auffassung hauptsächlich dadurch, dass er befürchtet, wenn diese Grenze nicht gezogen, und rein tatsächliche Dienste in den Begriff der Geschäftsbesorgung eingeschlossen würden, völlige Unklarheit entstehe, und auch der Relativsatz des § 675 bei einer weiteren Fassung des Begriffs der Geschäftsbesorgung seinen Sinn verliere. Auch sei man berechtigt, analog der Ausdrucksweise des Gesetzes, welches die „Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften" schlechthin als Geschäftsfähigkeit bezeichne, unter Geschäftsbesorgung die Besorgung von Rechtsgeschäften zu begreifen.

Gegen diese Auffassung Staubs spricht abgesehen davon, dass durch eine umfassendere Definition der Gegensatz zwischen einem gewöhnlichen Dienstvertrage und einem solchen, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, m. E. nicht aufgehoben wird, der Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuches. Dieses hätte sich, wenn nur die Besorgung von Rechtsgeschäften für den Begriff der Geschäftsbesorgung in Betracht käme, ohne Zweifel der ihm geläufigen [2]) Wendungen, wie: „ein Rechtsgeschäft vornehmen", oder: „Vornahme des Rechtsgeschäfts" bedient.

Auch ist, obgleich ein Rechtsgeschäft ein „Geschäft" ist, die Vornahme eines Rechtsgeschäftes noch keine „Geschäftsbesorgung." [3])

---

[1]) Enneccerus S. 705.

[2]) vgl. §§ 111, 115, 139, 141, 143, 180 bis 184 B.G.B.

[3]) vgl. Albert a. a. O. S. 47.

Ausserdem lässt sich gegen die Auffassung Staubs der § 1357 B.G.B. anführen: [1])

„Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen . . ."

Aus diesem Paragraphen geht hervor, dass das B.G.B. den Ausdruck „Geschäftsbesorgung" im weiteren Sinne gebraucht hat, als den Ausdruck „Vornahme von Rechtsgeschäften."

Endlich steht die Definition Staubs auch im Widerspruch mit den Materialien [2]) zum B.G.B., welche eine Beschränkung der Geschäftsbesorgung auf die Vornahme von Rechtsgeschäften ausdrücklich zurückweisen.

In ähnlicher Weise wie Staub definiert auch Eck [3]) den Begriff der Geschäftsbesorgung, ohne jedoch seine Ansicht näher zu begründen. Er weist nur darauf hin, dass bei einer weiteren Auslegung beinahe jeder Dienstvertrag unter § 675 falle.

Auch Engelmann [4]) versteht unter Geschäftsbesorgung „nur eine solche Tätigkeit, die die rechtlichen Verhältnisse des andern Teils berührt, also nur eigentliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen."

Dieser schon etwas erweiterten Auffassung schliessen sich Wolff [5]) und Matthias [6]) an, nach deren Auslegung der § 675 nur für die durch einen Arbeitsvertrag übernommene Besorgung von Rechtsgeschäften in Frage kommt.

---

[1]) vgl. Lotmar a. a. O. S. 276 ff.
[2]) Mot. II. 527, 855.
[3]) Eck a. a. O. S. 513.
[4]) Engelmann a. a. O. § 117.
[5]) Wolff a. a. O. Note 3 zu § 23 K. O.
[6]) Matthias a. a. O. S. 612.

Ähnlicher Meinung ist auch Siméon[1]), der als Gegenstand der Geschäftsbesorgung Geschäfte ausschliesslich oder doch vorwiegend rechtlicher Natur wissen will, sowie Enneccerus[2]), welcher behauptet, dass nur Rechtsgeschäfte, sowie Handlungen, die sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, in Betracht kämen.

Gegen diese, wenn auch etwas erweiterten Ansichten, ist dasselbe wie gegen Staub anzuführen.

Der früher[3]) von Planck vertretenen Auffassung verwandt ist die Ansicht Hellmann's[4]). Nach der von ihm aufgestellten Begriffsbestimmung handelt es sich bei der Geschäftsbesorgung um Dienste, welche lediglich die Bestimmung haben, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen.

Auch diese Begriffsbestimmung geht m. E. zu weit, indem durch den weitaus grössten Teil der Dienstverträge dem Dienstherrn eigene Arbeit abgenommen wird[5]). Nach den von Hellmann angeführten Beispielen ist jedoch anzunehmen, dass er diejenigen Dienstverträge, bei welchen es sich um Arbeit handelt, welche der Dienstherr nicht selbst hätte erledigen können, oder die er für gewöhnlich nicht zu verrichten pflegt, ausgenommen wissen wollte.

Man würde also ähnlich wie bei Planck vorerst zu prüfen haben, ob die übernommene Arbeit vom Dienstherrn für gewöhnlich selbst erledigt zu werden pflegt bezw. ob er sie hätte erledigen können, oder ob er sie im konkreten Falle aus irgend einem Grunde selbst nicht erledigen wollte, und dabei zu einem ähnlichen Resultat kommen wie Planck.

[1]) Siméon a. a. O. S. 444.
[2]) Enneccerus a. a. O. S. 705.
[3]) Planck a. a. O. S. 423, (Berlin 1899).
[4]) Hellmann a. a. O. S. 125/26.
[5]) Höchstädter a. a. O. S. 33.

Beinahe übereinstimmend mit Hellmann kommen nach Bernau [1]) für den Begriff der Geschäftsbesorgung hauptsächlich Handlungen in Frage, die der Dienstherr regelmässig selbst vornimmt, oder die wenigstens grundsätzlich in den Bereich seiner Betätigung fallen. Er definiert die Geschäftsbesorgung im Gegensatz zu dem allgemeinen Begriff der Dienstleistungen und der Dienstleistungen im engeren Sinne: als jede auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtete selbständige [2]), nicht rein mechanische Betätigung an Stelle eines anderen.

Bezüglich der für diese Definition sprechenden Erwägungen wird auf die Ausführungen bei Besprechung der Oertmann'schen Definition [3]) verwiesen.

Ebenso ist nach Goldmann-Lilienthal [4]), welcher den in § 675 geregelten Vertrag als entgeltlichen Auftrag behandelt, zu unterscheiden:

1. dass es sich um die Besorgung eines Geschäftes für einen andern handelt;
2. dass das Geschäft aus besonderem Vertrauen übertragen ist.

„Regelmässig handle es sich bei der Geschäftsbesorgung um ein Geschäft, um das sich der Dienstherr normaler Weise selbst zu kümmern habe, das sein Geschäft, seine Obliegenheit sei, das er aber durch einen anderen für sich besorgen lasse."

Gegen diese Definition lassen sich dieselben Einwendungen wie gegen die von Hellmann gegebenen machen, denn das Geschäft, um das sich der Geschäftsherr normaler Weise selbst zu kümmern hat, sein Geschäft, ist je nach Stellung und Beruf des Geschäftsherrn verschieden, sodass auch hier ein und derselbe Vertrag sich

---

[1]) Bernau a. a. O. S. 228 ff.

[2]) vgl. betreffend das Erfordernis der Selbständigkeit die Definition von Oertmann.

[3]) vgl. S. 25 der Arbeit.

[4]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 186, Anm. 3.

bald als Geschäftsbesorgungsvertrag, bald als gewöhnlicher Dienstvertrag charakterisiert.

Die Definition, welche Lotmar[1]) von der „Geschäftsbesorgung“ gibt, kann als eigentliche Definition nicht bezeichnet werden. Lotmar versteht unter Geschäftsbesorgung:

1. Arbeit, oft auch Sachleistung, nie Sachleistung allein. Dies ergebe sich aus der Gegenüberstellung von § 354 H.G.B. und § 196 Ziff. 1 u. 7 B.G.B.
2. nicht nur die rechtsgeschäftlichen, sondern auch — in Übereinstimmung mit Hellmann — solche Tätigkeiten, welche vor der Übernahme oder Übertragung dem Dienstherrn zustehen oder obliegen, sodass er durch die Besorgung vertreten oder ersetzt wird.

Zur Abgrenzung des Begriffes der Geschäftsbesorgung verweist Lotmar auf die in § 831 B.G.B angeführten gesetzlichen Beispiele, sowie auf den Sprachgebrauch, nach welchem:

„Die Arbeiten der Urproduktion, die bloss gewerblichen Arbeiten und die Arbeiten, die an oder mit der Person des Arbeitgebers vorgenommen werden, ausgeschlossen sind.“

Dass die Geschäftsbesorgung immer ein Vertreten oder Ersetzen des Dienstherrn bedeute, ist m. E. nicht zutreffend[2]), denn das Geschäft braucht nicht vor seiner Übertragung dem Geschäftsherrn zugestanden oder obgelegen zu haben. Auch kann der mit einem Land- oder Bergarbeiter, mit einem Tischler, Schneider usw. abgeschlossene Dienstvertrag ohne Zweifel eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, wenn es auch ungebräuchlich ist[3]), von Geschäftsbesorgung zu reden,

[1]) Lotmar a. a. O. S. 274 ff.

[2]) vgl. Höchstädter a. a. O. S. 38. Albert a. a. O. S. 47.

[3]) Lotmar a. a. O. S. 279/80.

wo es sich bloss um gewerbliche Arbeit im Sinne der Nationalökonomie oder um Arbeit der Urproduktion handelt: ein Zurückgehen auf den Sprachgebrauch ist deshalb nur insoweit angebracht, als es sich mit den Absichten des Gesetzgebers verträgt.

Eine andere Gruppe von Schriftstellern versteht unter Geschäftsbesorgung nur die Entfaltung der Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten, also die Tätigkeit, welche auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet ist.

Der erste Vertreter dieser Ansicht, Hellwig [1]), geht dabei von der Voraussetzung aus, dass dieser Erfolg auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen müsse, und meint, dass zwar nicht jeder Dienstvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe, dass aber auf Grund eines solchen die Besorgung eines bestimmten Geschäfts angeordnet werden könne.

Denselben Standpunkt vertreten Kipp [2]), Schollmeyer [3]), Lenel [4]) und früher auch Jäger [5]).

[1]) Hellwig a. 1. a. O. S. 517 und a. 2. a. O. S. 16.

[2]) Kipp a. a. O. 9. Aufl. S. 723.

[3]) Schollmeyer a. a. O. S. 91. — In der 1. Auflage 1897, S. 10 hat Schollmeyer nur festgestellt, dass der Begriff „Geschäftsbesorgung" „völlig im Dunkeln bleibe". Nur soviel sei zweifellos, dass die Geschäftsbesorgung in § 675 sich mit dem Geschäft in § 662 nicht deckt.

[4]) Lenel a. a. O. S. 35.

[5]) Jäger a. a. O. § 22 Anm. 10. — In der II. Auflage seines Kommentars zur Konkursordnung hat Jäger seinen früheren Standpunkt verlassen und sich völlig Lotmar angeschlossen. Er führt an, dass aus dem Sprachgebrauch des B.G.B., insbesondere aus den §§ 662, 831, 1357 ersichtlich sei, dass auch Verrichtungen tatsächlicher Art Geschäftsbesorgung sein könnten. Andererseits folge aus § 678 B.G.B. und den §§ 23 und 27 K.O., welche insoweit für die Auslegung des § 675 B.G.B. auch in Betracht kommen, mit aller Sicherheit, dass es auch Dienstverträge gebe, die nicht eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hätten.

vgl. Planck a. a. O. S. 674.

Durch die von dieser Gruppe gegebenen Definitionen ist m. E. kein genügender Unterschied zwischen einem Dienstvertrage im Allgemeinen und einem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage gemacht. Ein bestimmter Erfolg soll mehr oder weniger durch jeden Dienstvertrag herbeigeführt werden.[1])

Dernburg[2]) nimmt unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 675 an, dieser sei dahin auszulegen, dass er auftragsähnliche Dienst- und Werkverträge betreffen soll, d. h. diejenigen Geschäfte, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte, und die auch der erste Entwurf zu begreifen dachte.

Von diesem Standpunkte aus rechnet er die Verträge mit Rechtsanwälten, Schauspielern, Aerzten, Lehrern zu den Dienstverträgen des § 675.

Dieser Auffassung möchte ich schon aus dem Grunde nicht beitreten, weil der Begriff des gemeinrechtlichen Mandats, auf welches Dernburg zurückgreifen will, insbesondere der Begriff der operae liberales, bereits früher Gegenstand zahlreicher Kontroversen war, und auf diese Weise an die Stelle einer neuen, eine alte Streitfrage treten würde.[3])

Auch ist nicht anzunehmen, dass der § 675 sich auf operae liberales bezieht, da das B.G.B., obwohl es einen diesen entsprechenden Ausdruck: „Dienste höherer Art“ kennt, (§§ 622, 627) diesen trotzdem in § 675 nicht angewendet hat.[4])

---

[1]) vgl. Staub, a. a. O. zu § 362 Anm. 3, nach welchem die auf den Erfolg abhebende Begriffsbestimmung für alle Dienstverträge zutrifft.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 364/65.

[3]) vgl. Michaelis a. a. O. S. 14; Bormann a. a. O. S. 28.

[4]) vgl. Höchstädter a. a. O. S. 36; dagegen Bormann a. a. O. S. 28.

Die von Dernburg vertretene Auffassung hat auch Bormann [1]) übernommen und mit der von Staub gegebenen Definition dahin vereinigt,

„Dass man unter den Geschäftsbesorgungsverträgen des § 675 Verträge versteht, die entweder auf den Abschluss von Rechtsgeschäften gerichtet sind oder aber die sogenannten operae liberales zum Gegenstande haben."

Diese Definition weist jedoch die gleichen Mängel auf, wie die Dernburg's und Staub's.

Nach der Ansicht einer anderen Gruppe von Schriftstellern ist für die Auslegung des Begriffs der Geschäftsbesorgung das Interesse des Dienstherrn massgebend, welches dieser an der Tätigkeit des Dienstleistenden hat.

Die weitestgehende Begriffsbestimmung gibt in dieser Hinsicht Riezler: [2])

1. Eine Geschäftsbesorgung liegt zunächst immer dann vor, wenn es sich um eine Besorgung von Rechtsgeschäften handelt.
2. Eine Geschäftsbesorgung liegt auch dann vor, wenn die zu entfaltende Tätigkeit nicht rechtsgeschäftlichen, sondern tatsächlichen Charakter hat, sofern der Auftraggeber an ihr ein unmittelbares Vermögensinteresse hat. Es entspricht dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, die Vornahme solcher irgendwie ökonomisch bedeutsamer Handlungen in den Begriff der Geschäftsbesorgung mit einzubeziehen.
3. Eine Geschäftsbesorgung ist endlich auch dann anzunehmen, wenn die zu entfaltende Tätigkeit, selbst ohne rechtsgeschäftlichen Charakter zu

---

[1]) Bormann a. a. O. S. 29.

[2]) Riezler a. a. O. S. 75 ff.

haben und ohne das Vermögen des Auftraggebers zu berühren vom Beauftragten in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufs vorgenommen wird.

Auch diese Definition ist m. E. nicht zutreffend, denn eine Geschäftsbesorgung im Sinne von 1. und 2. enthält so ziemlich jeder Dienstvertrag. Bezüglich der Definition zu 3. ist bereits darauf hingewiesen worden, [1]) dass durch Verwendung dieses rein äusserlichen Momentes als Unterscheidungsmerkmal dem Wesen nach gleichartige Vertragsverhältnisse einer aus dem Inhalt der in § 675 aufgeführten Vorschriften nicht begründbaren rechtlichen Behandlung unterworfen sind.

In ähnlicher Weise, nur in etwas engerem Sinne, hat Cosack [2]) in den ersten Auflagen seines Lehrbuches des bürgerlichen Rechts als Geschäftsbesorgung den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstherrn berührenden Tätigkeit bezeichnet. In der 4. Auflage hat Cosack [3]) seinen Standpunkt dahin fixiert, dass zu den Geschäftsbesorgungsverträgen zunächst alle Verträge gehören, welche auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Führung eines Prozesses im Namen oder für Rechnung des Dienstempfängers gerichtet sind; ferner auch Verträge, die auf Handlungen tatsächlicher Art gerichtet sind, sofern diese Handlungen zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehören. Als Beispiele von Geschäftsbesorgungsverträgen führt Cosack die Verträge des Kommissionärs, Rechtsanwalts und der Waschfrau, als Beispiele gewöhnlicher Dienstverträge die Verträge des Arztes, Lehrers und Bootsmanns an.

[1]) Höchstädter a. a. O. S. 44.
[2]) Cosack a. a. O. 1. Aufl. S. 501.
[3]) Cosack a. a. O. 4. Aufl. S. 516.

Durch die Aufstellung einer neuen Begriffsbestimmung der „Geschäftsbesorgung" ist zwar der Begriff etwas erweitert worden, indem es nicht allein mehr auf eine rechtliche Berührung des Vermögens ankommt, sondern bereits eine tatsächliche genügt; jedoch die Schwierigkeit der Abgrenzung der Dienstverträge des § 675 von den gewöhnlichen Dienstverträgen,[1]) sowie der Abgrenzung der Tätigkeiten, die rechtlich das Vermögen des Dienstherrn berühren, von den anderen ist geblieben.

So hat z. B. Cosack in den ersten Auflagen seines Lehrbuches[2]) die Tätigkeit des Gesindes als Geschäftsbesorgung bezeichnet, obwohl bei vielen rein tatsächlichen Dienstleistungen dieser Personen nicht recht begreiflich ist, inwiefern die Tätigkeit dieser Personen rechtlich das Vermögen des Geschäftsherrn berührt.[3])

In der 4. Auflage[4]) gibt Cosack selbst zu, dass der Vertrag eines Dienstmädchens teils geschäftlich, teils nicht geschäftlich sei, und dass er für seine Anschauung, die sich schwer beweisen lasse, nur in Anspruch nehme, dass sie zu den in § 675 aufgeführten Rechtsregeln im grossen und ganzen leidlich passe.

Der Cosack'schen Definition hat sich im wesentlichen Isay[5]) angeschlossen. Nach seiner Auffassung ist Geschäftsbesorgung diejenige Tätigkeit, die auf das Vermögen eines anderen unmittelbar einwirkt, wobei jedoch das Vermögen des Dienstherrn nicht notwendig

[1]) Dies lässt sich auch anführen gegen die von Staudinger, S. 544 gegebene Definition der Geschäftsbesorgung, nach welcher unter Geschäftsbesorgung „die Erledigung jeder Angelegenheit zu verstehen ist, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines andern angehört". Diese Definition wird nur dem Erfordernis der wirtschaftlichen Bedeutung der Dienste für den Dienstherrn gerecht.

[2]) vgl. Cosack, I. Aufl. S. 501.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 675 1b, Albert a. a. O. S. 56.

[4]) Cosack, 4. Aufl. 1903, S. 516.

[5]) Isay a. a. O. S. 44.

den unmittelbaren Gegenstand der Tätigkeit des Gestors zu bilden braucht.

Gegen diese, sowie die unbestimmte Definition Heinsheimers,[1]) nach dessen Ansicht die Geschäftsbesorgung jede Dienstleistung umfasst, welche das Vermögen und nicht bloss die Person des Empfängers berührt, ist bereits geltend gemacht worden, dass dem Erfordernisse einer Beziehung der Tätigkeit des Dienstleistenden zum Vermögen des Dienstherrn die innere Rechtfertigung fehle.[2])

Zu dieser Gruppe ist schliesslich noch Michaelis[3]) zu rechnen, der folgende Definition von der „Geschäftsbesorgung" gibt:

„Geschäftsbesorgung ist jede Tätigkeit, die für den Arbeitsberechtigten oder einen Dritten entweder als notwendig oder doch wenigstens als nützlich zu bezeichnen ist."

„Es ist also nicht nur das Vermögen, das rechtlich durch die Tätigkeit berührt werden muss, sondern dieselbe kann auch zu Gunsten irgend welcher anderer Individualgüter, z. B. des Lebens, der Gesundheit, der Ehre, des Familienrechts usw. entfaltet werden."

Diese Begriffsbestimmung ist m. E. zu weit, indem nur die wenigen Dienstverträge keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben,[4]) „deren Erfüllung unterbleiben darf, ohne den Berechtigten oder einen Dritten am Vermögen, an der Gesundheit, Ehre usw. zu schädigen, d. h. nur diejenigen, welche, sei es zu Gunsten rein wissenschaftlicher, künstlerischer oder politischer Interessen oder aus Gründen der Religion und Moral, sei es um nicht ernsthafter Zwecke willen, aus Lust am

---

[1]) Heinsheimer a. a. O. S. 261.
[2]) Höchstädter a. a. O. S. 31.
[3]) Michaelis a. a. O. S. 34.
[4]) Michaelis a. a. O. S. 36.

Geniessen, aus Freude am Sport, usw. abgeschlossen werden."

Die letzte Gruppe von Schriftstellern meint, dass es zur Bestimmung des Begriffes der Geschäftsbesorgung hauptsächlich darauf ankomme, ob der Dienstleistende bei der Arbeitsverrichtung selbständig handelt, oder nicht.

So definiert Endemann: [1])

„Unter Geschäftsbesorgung ist zu verstehen die Entfaltung einer selbständigen, in die zivilrechtlich anerkannten Verhältnisse einer anderen unmittelbar eingreifenden Tätigkeit, sei es durch rechtsgeschäftliche Handlungen, sei es durch tatsächliche Verrichtungen."

Diese Definition enthält zwar eines der m. E. entscheidenden Momente für die Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung, nämlich das Erfordernis der wirtschaftlichen Bedeutung der Dienste für einen andern, den Dienstherrn, im Übrigen aber entbehrt sie jeder Abgrenzung gegenüber den gewöhnlichen Dienstverträgen.

Am treffendsten [2]), „soweit dies derzeit möglich ist" [3]), definiert m. E. Oertmann den Begriff der Geschäftsbesorgung.

Er schliesst sich zunächst der S. 21 ff erwähnten Gruppe von Schriftstellern an, indem er als Geschäftsbesorgung diejenigen Dienste bezeichnet, die unmittelbar als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind; fügt jedoch, der letzteren Gruppe folgend, als weiteres entscheidendes Moment hinzu, dass es sich um Dienste handeln müsse, bei welchem zugleich auch dem Dienstpflichtigen wirklich die Be-

---

[1]) F. Endemann a. a. O. 1080/81.

[2]) vgl. Bernau a. a. O. S. 234 Anm.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 675 1b; Albert a. a. O. S. 67.

sorgung eines Geschäftes, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung überlassen wird. [1])

Dieser Auffassung hat sich auch der Verfasser angeschlossen.

---

§ 4.

Ansicht des Verfassers.

Bei den Versuchen, den „schwierigen und zweifelhaften“ [2]) Begriff der Geschäftsbesorgung festzustellen, sind, wie wir gesehen haben, die verschiedensten Meinungen zu Tage getreten, die aber alle zu einem unbefriedigenden Resultat führen.

Da weder das Gesetz, noch die Entstehungsgeschichte des § 675 eine ausreichende Grundlage für die Definition dieses Begriffes bieten, wird man wohl am besten [3]) an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens

[1]) vgl. Crome a. a. O. § 252, I, dessen Ausführungen im wesentlichen mit denen Oertmanns übereinstimmen:

„Die Geschäftsbesorgung ist wesentlich ein solches Tun, das den andern unmittelbar in seinem Vermögen betrifft, einen wirtschaftlichen Effekt für ihn herbeiführt; weiter setzt die Geschäftsbesorgung eine genügende Selbständigkeit der geschäftlichen Tätigkeit voraus.“

Seine frühere Auffassung, die er in dem Werk: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach röm. und heutigem Reichsrechte nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, 1897 S. 255, vertrat, vgl. darüber Eck und Michaelis a. a. O., hat Crome damit aufgegeben.

[2]) Oertmann a. a. O. S. 712; vgl. Bernau a. a. O. S. 233 und Isay a. a. O. S. 46.

[3]) vgl. Staudinger a. a. O. S. 544, welcher dies bei der Unklarheit der Gesetzesmaterialien als unvermeidlich hinstellt. a. M. Planck a. a. O. S. 675 und Staub a. a. O. S. 1304, welcher behauptet: das Gesetz kenne keinen Sprachgebrauch; einen Sprachgebrauch des täglichen Lebens gebe es aber nicht. (!)

anknüpfen.[1] Wenn auch aus ihm in der Literatur die verschiedensten Folgerungen gezogen worden sind, und er nicht immer als entscheidend angesehen werden kann[2], so kommt man doch wenigstens durch seine Hilfe zu dem verhältnismässig brauchbarsten Resultat.

Der Sprachgebrauch lehrt aber m. E. folgendes:

Wenn ich für einen andern ein Geschäft[3] „besorgen" soll, so heisst das, ich soll die betreffende Angelegenheit in der Weise erledigen, dass sich der Dienstherr nicht um sie zu kümmern hat, und ich dabei völlig selbständig handle.

Ein wesentliches Begriffsmerkmal der Geschäftsbesorgung ist daher die Selbständigkeit[4] des Dienstleistenden. Der mit dem Dienstherrn geschlossene Dienstvertrag muss also unter anderem derartig sein, dass der Dienstleistende in seiner Tätigkeit dem Dienstherrn gegenüber wesentlich unabhängig ist.

Demnach stellt keine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 die Tätigkeit dar, bei welcher der Dienstleistende dem Dienstherrn lediglich zur Hand geht, oder mittels deren er mit dem Dienstherrn gemeinsam arbeitet. Der Begriff der Geschäftsbesorgung lässt ferner eine Tätigkeit des Dienstleistenden unter Aufsicht des Dienstherrn oder nach dessen Weisungen nicht zu.

Daher scheiden die mit dem Gesinde, Lehrlingen und gewerblichen Arbeitern geschlossenen Dienstverträge als solche von vornherein aus, da die Tätigkeit dieser Personen im Zweifel keine selbständige ist.

[1] Nach Oertmann a. a. O. S. 713 ist anzunehmen, dass das Gesetz, gerade weil es den Ausdruck „Geschäftsbesorgung" ohne weitere Bestimmung aufnimmt, ihn im Sinne des Lebens verwendet wissen will.

[2] vgl. Planck a. a. O. S. 675.

[3] Der Ausdruck „Geschäft" ist m. E. hier im weitesten Sinne, d. h. gleich „Angelegenheit" aufzufassen.

[4] Das Erfordernis der Selbständigkeit wurde zum ersten Male aufgestellt von Oertmann a. a. O.

Eine „Geschäftsbesorgung“ würde im konkreten Falle nur für einen auf Grund eines Dienstvertrages erteilten einzelnen Auftrag in Frage kommen, der den beiden[1]) Erfordernissen des § 675 genügt.

Aus dem Sprachgebrauch ergibt sich aber noch Folgendes:

Wenn ich mich erbiete, für einen andern ein Geschäft zu „besorgen“, so verspreche ich gleichzeitig damit, mich in einer Weise zu betätigen, durch welche der Dienstberechtigte unmittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt.

Es liegt daher in dem Ausdruck „besorgen“ noch ein zweites charakteristisches Moment der „Geschäftsbesorgung“, nämlich das Erfordernis der wirtschaftlichen Bedeutung der Tätigkeit des Dienstleistenden unmittelbar für den Dienstberechtigten.

Demgemäss wird man andrerseits von einer Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 nicht reden können, wenn die Tätigkeit des Dienstleistenden nicht von wirtschaftlicher Bedeutung unmittelbar für den Dienstherrn ist.

Dies ist der Fall bei den Verträgen, welche mit dem Arzt, Lehrer, Erzieher geschlossen werden, sowie bei den Verträgen, welche auf persönliche Dienstleistungen gerichtet sind, wie z. B. die Verträge mit einem Friseur, Schiffer oder Bergführer.

Auch den Dienstverträgen als solchen fehlt dieses zweite Begriffsmerkmal; und selbst wenn im einzelnen Falle durch die Tätigkeit eines Gesindemitgliedes ein wirtschaftliches Resultat unmittelbar für den Dienstherrn herbeigeführt wird, so liegt deshalb noch keine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 vor, es sei denn, dass die Tätigkeit ausserdem noch dem Dienstherrn gegenüber vollkommen selbständig war.

---

[1]) 1. Selbständigkeit; 2. wirtschaftliche Bedeutung unmittelbar für den Dienstherrn.

Die Begriffsmerkmale der Selbständigkeit und wirtschaftlichen Bedeutung der Tätigkeit unmittelbar für den Dienstherrn finden wir vereint in den Verträgen mit Rechtsanwälten, Privatdetektivs, Rechtsgelehrten behufs Anfertigung von Privatgutachten [1], sodass diese Verträge zweifellos [2] eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben.

Wir gelangen deshalb zu dem Ergebnis:

„Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 ist jede selbständige, unmittelbar für den Dienstberechtigten wirtschaftlich bedeutungsvolle Dienstleistung".

[1]) a. M. Staudinger a. a. O. S. 544; Neumann a. a. O. Note 2a.
[2]) Oertmann a. a. O. S. 712.

Teil II.

Die für einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, geltenden Vorschriften.

§ 5.

Die Anwendung der Bestimmungen des Dienstvertrages der §§ 611 fg. auf den Dienstvertrag des § 675 B.G.B.

Der § 675 bestimmt, dass auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Absatz 2 entsprechende Anwendung finden sollen.

Es fragt sich nunmehr, in welcher Weise durch diese Vorschriften das Verhältnis des gewöhnlichen Dienstvertrages zu dem des § 675 berührt wird; insbesondere: Ob die für jenen gegebenen Vorschriften auf den Dienstvertrag des § 675 überhaupt Anwendung finden, und in welcher Weise und in welchem Umfange dies geschieht.

Dass die Vorschriften des sechsten Titels des B.G.B. auch für die Geschäftsbesorgungsverträge in Betracht kommen, geht schon daraus hervor, dass

jedem Geschäftsbesorgungsvertrage eine Dienstleistung zu Grunde liegt. [1])

Was dagegen die Art und Weise ihrer Anwendung auf den Dienstvertrag des § 675 anbelangt, so gehen die Meinungen hierüber auseinander.

Nach Staudinger [2]) ist durch den Wortlaut des Gesetzes: „entsprechende Anwendung" zum Ausdruck gebracht, dass die Bestimmungen über den gewöhnlichen Dienstvertrag in erster Linie, die Vorschriften des § 675 dagegen nur dann auf den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, angewendet werden dürften, wenn die rechtliche Natur des Dienstvertrages diesem nicht entgegenstände. Inwieweit dies ev. der Fall sei, lasse sich im Allgemeinen kaum bestimmen.

Auch Planck [3]) ist der Meinung, dass auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, sämtliche für den gewöhnlichen Dienstvertrag gegebenen Vorschriften zur Anwendung gelangen und die Auftragsvorschriften des § 675 lediglich ergänzend hinzutreten.

Meines Erachtens ist den allgemeinen Vorschriften über den gewöhnlichen Dienstvertrag gegenüber den im § 675 angeführten nur eine subsidiäre Bedeutung für den Dienstvertrag des § 675 beizumessen, was schon äusserlich daraus hervorgeht, dass dieser im zehnten Titel des B.G.B. unter dem Auftrag, für welchen die Vorschriften des § 675 ursprünglich und nicht nur „entsprechend" [4]) gegeben worden sind, geregelt worden ist.

Seine Regelung im Auftragstitel und die vorzugsweise Unterstellung unter die Auftragsvorschriften

---

[1]) vgl. Albert a. a. O. S. 51.
[2]) Staudinger, a. a. O. S. 545.
[3]) Planck, a. a. O. S. 676.
[4]) vgl. Lotmar a. a. O.

rechtfertigt sich aber aus der engen Verwandtschaft des Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Auftrag.

Diese besteht darin, dass der Dienstvertrag des § 675 den Gegenstand mit dem Auftrag gemein hat und sich nur durch die Entgeltlichkeit von diesem unterscheidet. [1])

Die Vorschriften des gewöhnlichen Dienstvertrages kommen aber selbst subsidiär nicht immer auf den Dienstvertrag des § 675 zur Anwendung.

Man hat vielmehr diesbezüglich zu unterscheiden zwischen dem entgeltlichen und dem unentgeltlichen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage, deren rechtliche Natur verschieden ist.

Nur der entgeltliche Dienstvertrag [2]) des § 675 bleibt Dienstvertrag und untersteht als solcher auch den für die Dienstverträge im Allgemeinen geltenden Vorschriften, welche neben den vorzugsweise geltenden Bestimmungen des § 675 [3]) auf ihn subsidiär zur Anwendung kommen, soweit sie nicht mit diesen unvereinbar sind.

Der unentgeltliche Dienstvertrag des § 675 dagegen ist seiner rechtlichen Natur nach ein Auftrag. Daher gelten für ihn die Sätze des sechsten Titels nicht. Bei ihm greifen zunächst die in § 675 hervorgehobenen Bestimmungen, daneben aber mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit des Auftrags noch die Vorschriften des § 664 [4]) betr. die Uebertragung der Ausführung und die Haftung bei Uebertragung, und § 671 Abs. 1 und 3, betr. Widerruf und Kündigung Platz. [5])

---

[1]) vgl. Lotmar a. a. O.

[2]) vgl. Oertmann, a. a. O. S. 713.

[3]) § 664 ist in § 675 nicht erwähnt. Eine entsprechende Vorschrift ist hinsichtlich § 664 Abs. 1. Satz 1 und Abs. 2 für den entgeltlichen Dienstvertrag des § 675 im § 613 gegeben. Vgl. Planck S. 676.

[4]) Für den unentgeltlichen Dienstvertrag des § 675 kommt besonders in Betracht § 664 Abs. 1, Satz 2. (Haftung.)

[5]) vgl. Albert, a. a. O. S. 51.

§ 6.

Die Anzeigepflicht bei Ablehnung der Geschäftsbesorgung (§ 663 B.G.B.)

Der § 663 legt gewissen Personen, von denen man die Annahme eines ihnen erteilten Auftrags erwarten darf, die Verpflichtung auf, die Ablehnung des Auftrags dem Auftraggeber (Dienstherrn) unverzüglich anzuzeigen.

In diesem Paragraphen hat das Gesetz eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen statuiert, nach welchem die Annahme oder Ablehnung eines Auftrags im freien Ermessen des Beauftragten steht, ohne dass ihn eine Verpflichtung zur Mitteilung der erfolgten Ablehnung trifft.[1])

Eine ähnliche Bestimmung wie die des § 663 findet sich bereits in § 30 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, laut welcher der Rechtsanwalt, dessen Berufstätigkeit in Anspruch genommen wird, verpflichtet ist, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung ohne Verzug zu erklären, widrigenfalls er den durch Verzögerung entstandenen Schaden zu ersetzen hat, sowie,

---

[1]) vgl. § 151 B.G.B. Ein zwischen den §§ 151 und 663 scheinbar vorhandener Widerspruch: dass nach § 151 Schweigen als Annahme des Vertragsantrags gilt, dagegen gemäss § 663 beim Schweigen des Beauftragten (Dienstleistenden) keine derartige Vermutung Platz greift, sondern lediglich Schadensersatzpflicht eintritt, ist in Wirklichkeit nicht vorhanden, da die beiden Paragraphen von verschiedenen Voraussetzungen ausgehen. § 151 setzt im Gegensatz zu § 663 voraus, dass eine stillschweigende Annahme des Auftrags erfolgt ist.

entsprechend dem Art. 323 des alten H.G.B., im § 362 Abs. 1 des neuen H.G.B.:

„Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von jemand zugeht, demgegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat."

Auch der erste Entwurf zum B.G.B. bestimmte „nach dem zweifellos sachgemässen Vorgange des geltenden Rechts" bereits in § 587:[1])

„Nimmt jemand, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht an, so ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen."[2])

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs hat den Ausdruck: „öffentlich bestellt" gestrichen mit dem Hinweis[3]) auf die Überflüssigkeit der gestrichenen Bestimmung, nachdem man das Erfordernis der Unentgeltlichkeit des Auftrags aufgestellt habe. Denn wer zur unentgeltlichen Besorgung von Geschäften bestellt sei, bekleide ein Amt, daher trete er zu denjenigen, welche seine amtliche Tätigkeit in Anspruch nehmen wollten, nicht durch ein Rechtsgeschäft in ein privatrechtliches

---

[1]) Mot. II. S. 530.

[2]) Im Gegensatz zu den Bestimmungen des H.G.B. soll hier, wie in § 30 der Rechtsanwaltsordnung, das Schweigen nur eine Schadensersatzpflicht begründen, nicht aber als Annahme des Auftrags aufgefasst werden. Vgl. Anm. 1 zu § 6 der Arbeit.

[3]) Prot. S. 353.

Verhältnis, sondern er erfülle dadurch lediglich seine Amtspflicht.

Für den entgeltlichen Dienstvertrag war dagegen in § 605 des zweiten Entwurfs die Vorschrift des § 587 besonders aufgestellt worden[1]) mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Unterstellung des im ersten Entwurf als entgeltlicher Auftrag behandelten Verhältnisses unter die Normen des Dienstvertrags.

Dieser Paragraph wurde jedoch in der Folge vom Bundesrat gestrichen, und dem durch Ausdehnung seiner Vorschriften auf die Fälle des Erbietens gegenüber dem Auftraggeber erweiterten § 587 seine ursprüngliche Fassung wiedergegeben.

Der auf diese Weise entstandene § 663 lautet:

„Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat."

Als Personen, denen diese Anzeigepflicht obliegt, kommen in Betracht:

1. Diejenigen Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte „öffentlich bestellt" sind. Zur Besorgung gewisser Geschäfte „öffentlich bestellt" sind in erster Linie die vom Staate oder einem staatlichen Verbande eingesetzten Personen. Man wird aber auch, — und hierdurch erweitert sich der Kreis der für die Geschäftsbesorgung in Betracht kommenden und gemäss § 675 unter die Bestimmungen des § 663 fallenden Personen um ein Beträchtliches — der Meinung Oertmann's[2]) folgend, die von einem Privatverein angestellten Personen

[1]) Prot. S. 278.

[2]) Oertmann a. a. O. S. 695.

als „öffentlich bestellt“ anzusehen haben, vorausgesetzt, dass die erforderte Publizität gewahrt bleibt.

Demnach werden als „öffentlich bestellt“ nicht nur die Notare, Gerichtsvollzieher, Taxatoren, Auktionatoren, sowie die Rechtsanwälte, für welche § 30 der Rechtsanwaltsordnung als lex specialis gilt, sondern z. B. auch ein Vereinssyndikus oder Geschäftsführer eines Fremdenverkehrsvereins u. a. anzusehen sein.

2. Diejenigen Personen, welche sich zur Besorgung gewisser Geschäfte „öffentlich erboten“ haben. Auch hier findet sich als Tatbestandsmerkmal die „Oeffentlichkeit“.

Ein „öffentliches Erbieten“ liegt vor, wenn sich jemand, gleichviel ob schriftlich oder mündlich oder durch konkludente Handlungen, z. B. durch Anbringen eines Schildes oder Anschlages an den Wohn- oder Geschäftsräumen, gegenüber einem Kreise nicht individuell bestimmter Personen zu einem Tun bereit erklärt [1])

Es genügt also zur Erfüllung des Tatbestandes des öffentlichen Erbietens, wenn dabei eine gewisse, wenn schon beschränkte Publizität begründet wird; z. B. das Erbieten einem Verein, einer studentischen Korporation gegenüber, oder das Erbieten in Zirkularen, welche an Interessenten versandt werden. Zu dieser Klasse gehören die Rechtskonsulenten, Makler, Agenten, sowie zahlreiche Personen des Handelsrechts [2]).

3. Solche Personen, die sich nicht allgemein, sondern einer bestimmten andern Person gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten haben. (cfr. Bormann S. 45.)

Für diese 3 Klassen von Personen bestimmt § 663, dass sie zwar nicht verpflichtet sind, den Auftrag anzunehmen, d. h. ein „Rechtszwang zum Kontrahieren“ [3]) für

---

[1]) vgl. Oertmann, a. a. O. S. 684.

[2]) Für diese gilt die lex specialis des H.G.B., gemäss deren Schweigen als Annahme gilt.

[3]) Biermann a. a. O.

sie nicht besteht, dass sie aber, wenn sie den Auftrag ablehnen wollen, wozu sie, ohne sich verantwortlich zu machen und ohne Angabe des Grundes berechtigt sind[1]), dies unverzüglich, d. h ohne schuldhaftes Zögern, dem Auftraggeber bezw. Dienstherrn anzuzeigen haben.

Unterbleibt diese Anzeige, so gilt hier nicht die Vermutung wie im Handelsrecht, dass der Auftrag angenommen sei, es trifft vielmehr den Auftragsempfänger (Dienstleistenden) analog der Bestimmung des § 30 der Rechtsanwaltsordnung die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Massgabe von § 823, Abs. 2 B.G.B.

Die Höhe des Schadensersatzes kann sich, da ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber (Dienstherrn) und Beauftragten (Dienstleistenden) nicht zustande gekommen ist, nur auf das negative Vertragsinteresse[2]) — im Sinne des § 122 B.G.B. — des Auftraggebers (Dienstherrn) erstrecken.

Schliesslich soll noch darauf hingewiesen werden, dass derjenige, welcher sich zur entgeltlichen Besorgung eines Geschäftes erboten hat, nur auf entgeltliche Aufträge zu antworten braucht.[3])

---

[1]) vgl. Planck a. a. O. S. 660.

[2]) Ist dagegen in dem Stillschweigen die Annahme des Auftrages anzusehen, was sehr wohl möglich sein kann, so haftet der Beauftragte (Dienstleistende) beim Unterbleiben der Leistung dem Auftraggeber (Dienstherrn) auf das positive Vertragsinteresse. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 695.

[3]) vgl. Planck a. a. O. S. 660, Albert a. a. O. S. 49, Bormann a. a. O. S. 45, a. M. Schollmeyer a. a. O. S. 100, Anm. 2.

§ 7.

Die Pflichten des Dienstleistenden.

a) Die Befugnis zur Abweichung von Weisungen des Dienstherrn (§ 665 B.G.B.)

Nach Massgabe von § 665 ist der Beauftragte berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage, die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschliessung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hieraus folgt, dass der Beauftragte im allgemeinen verpflichtet ist, sich nach den Weisungen des Auftraggebers zu richten, und zwar sowohl nach den anfänglichen, wie den nachträglich erteilten.[1])

Die gleiche Verpflichtung in noch höherem Grade trifft auch den aus einem gewöhnlichen Dienstvertrage Verpflichteten.

Eine Bestimmung hierüber ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz vorhanden; die Motive führen aus,[2]) dass besondere Vorschriften über die Art und Weise, wie der Dienstverpflichtete die Dienste zu leisten habe, entbehrlich

---

[1]) Nach letzteren jedoch nur, wenn nach der Natur des Geschäftes oder den Abreden der Parteien der Auftraggeber sich die Erteilung späterer Weisungen vorbehalten hatte. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 698, Planck a. a. O. S. 663, Staudinger a. a. O. S. 530; Mot. II. S. 535.

[2]) Mot. II. S. 458, vgl. Prot. II. S. 352.

seien, und es sogar eine grosse Gefahr mit sich brächte, bei der Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit aller in Betracht kommenden Fälle und bei dem weiteren Umfange des sich für den Dienstvertrag ergebenden Begriffes, eine allgemeine Regel aufzustellen.

Da jedoch der Dienstpflichtige des § 611 in einem grösseren Abhängigkeitsverhältnis zum Dienstherrn steht, und seine Tätigkeit unter „ständiger Leitung“ [1]) des Dienstherrn erfolgt, wird auch er sich nach den Weisungen des Dienstberechtigten zu richten haben.

Nicht dagegen hat der Dienstleistende im Sinne des § 675 den Weisungen des Dienstherrn Folge zu leisten, dies würde dem Begriffsmerkmal der Selbständigkeit der Geschäftsbesorgung widersprechen, es sei denn, dass die Eigenart eines besonderen Vertragsverhältnisses diese Verpflichtung mit sich bringt, oder dass der Dienstleistende sich zur Befolgung ev. Weisungen ausdrücklich oder, etwa durch widerspruchslose Entgegennahme, stillschweigend verpflichtet hat. [2]) Dieser Dienstleistende ist vielmehr, da seine Tätigkeit auf eine „Geschäftsbesorgung“ gerichtet ist, dem Dienstherrn gegenüber völlig selbständig.

Hat er jedoch aus einem der oben erwähnten Gründe den Weisungen des Dienstherrn Folge zu leisten, so greifen die Bestimmungen des § 665 ein.

Wenn nämlich eine derartige Änderung der Verhältnisse nach Erteilung des Auftrags eingetreten ist, dass der Dienstleistende annehmen darf, der Dienstherr werde seine Handlungsweise billigen, so ist es dem Dienstleistenden gestattet, von den ihm erteilten Weisungen abzuweichen. Ferner hat er nicht nur das gemäss § 665 erworbene Recht, sondern die unmittelbare vertragsmässige

---

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 698.

[2]) Und dann nur insoweit, als dadurch die Stellung des Dienstleistenden nicht erheblich erschwert wird. Oertmann a. a. O. S. 698.

Pflicht,[1]) wenn die Erledigung eines Geschäfts zu günstigeren Bedingungen als der Dienstherr vorausgesetzt hatte, möglich ist, diese besseren Bedingungen zu verwerten.[2]) Er ist ferner verpflichtet, von den Weisungen des Dienstherrn abzuweichen,[3]) wenn den Umständen nach anzunehmen ist, dass dieser bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung nicht nur billigen, sondern geradezu anordnen würde, es sei denn, dass ihm dadurch eine erhebliche Mehrbelastung erwüchse.

Diese Befugnis ist nicht allein die Folge der im Wesen der Geschäftsbesorgung liegenden Selbständigkeit[4]) des Beauftragten (Dienstleistenden), sie enthält vielmehr auch das andere Erfordernis der Geschäftsbesorgung: Die wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit des Beauftragten (Dienstleistenden) unmittelbar für den Auftraggeber (Dienstherrn).

Weicht der Dienstleistende dagegen unbefugter Weise von den ihm erteilten Weisungen des Dienstherrn ab, so hat er diesem den daraus entstehenden Schaden nach Massgabe von § 276 B.G.B. zu ersetzen. Die gleiche Verpflichtung trifft ihn, wenn er es unterlässt, dem Dienstherrn vor der Abweichung, bezw. wenn dies nicht mehr möglich sein sollte, wofür er beweispflichtig ist, baldmöglichst[5]) Anzeige zu machen und die Entschliessung des Dienstherrn abzuwarten.

Dagegen ist es dem Dienstleistenden gestattet, den durch sein unbefugtes Abweichen von den Weisungen

---

[1]) Oertmann a. a. O. S. 698.

[2]) Als „Abweichung" ist dies nicht zu bezeichnen, weil es dem Willen des Auftraggebers (Dienstherrn) entspricht. Vgl. Oertmann, a. a. O. S. 699, R.G. 56 No. 36, S. 150.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 699, vgl. Matthias a. a O. S. 607/8. Nach Schollmeyer dagegen a. a. O. S. 122 hat der Beauftragte (Dienstleistende) ohne weiteres die Pflicht, der veränderten Sachlage durch Abweichung von den Weisungen Rechnung zu tragen.

[4]) Höchstädter a. a. O. S. 62.

[5]) Oertmann a. a. O. S. 699.

des Dienstherrn entstandenen Schaden aus eigenen Mitteln zu begleichen.[1])

In diesem Falle[2]) hat jedoch der Dienstherr, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die Wirkung der Geschäftsbesorgung gegen sich gelten zu lassen.[3])

b) Die Pflicht zur Rechenschaftslegung. (§ 666 B.G.B.)

Eine weitere Pflicht des Dienstleistenden, die sich bereits aus den Begriffen von Treu und Glauben ergibt, ist in § 666 B.G.B. statuiert.

Nach diesem ist der Dienstleistende verpflichtet, dem Dienstherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen.[4])

Die Verpflichtung des Dienstleistenden ist eine dreifache:

Er hat einmal dem Dienstherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben. Dieser Bestimmung entspricht der in § 384 H.G.B.[5]) — dem Art. 361 des alten H.G.B. — für den Kommissionär gegebenen Vorschrift. Welche Nachrichten erforderlich und in welcher Weise sie zu

---

[1]) Oertmann a. a. O. S. 700.

[2]) Sonst steht dem Dienstherrn auch das Recht zu, die Ausführung der Geschäftsbesorgung zurückzuweisen. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 699 unten, Planck a. a. O. S. 663.

[3]) R.G. Bd. 57, S. 392.

[4]) Bezgl. der Anwendbarkeit der Vorschriften des § 666 B.G.B. auf den gewöhnlichen Dienstvertrag vgl. Mot. II. S. 459.

[5]) § 384 Abs. 2 H.G.B.; Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

geben sind, richtet sich nach dem jeweiligen Falle; bestimmte Regeln lassen sich darüber nicht geben. Selbstverständlich gehören zu diesen Nachrichten die Mitteilungen über die Ausführung bezw. Unausführbarkeit des Auftrags.[1])

Der Dienstleistende hat ferner auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen.

Er wird also, entsprechend den Vorschriften des § 242 u. a. Mitteilungen zu machen haben über die Aussicht auf das Zustandekommen des Geschäfts, über die Person und Vermögensverhältnisse des in Aussicht stehenden Gegenkontrahenten usw.[2])

Er hat schliesslich gemäss § 260 nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen, an welche sich die Pflicht zur Rechnungslegung knüpft.

Das Gesetz spricht zwar nur von einer Pflicht zur Rechenschaftsablegung nach Ausführung des Auftrages. Man wird jedoch diese zu enge Fassung dahin auszulegen haben, dass eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung auch bei anderweitiger Beendigung des Auftragsverhältnisses bezw. Dienstvertragsverhältnisses im Sinne des § 675 eintritt, z. B. durch Konkurseröffnung, Kündigung, Verzicht.[3])

Im ersten Entwurf war nur die Bestimmung[4]) getroffen, dass der Beauftragte dem Auftraggeber eine, die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende und mit Belegen versehene Rechnung zu erteilen hat. Heute ergibt sich diese Pflicht aus der allgemeinen Vorschrift des § 259 Abs. 1 B.G.B. Nach Massgabe von § 259 Abs. 2 B.G.B. hat der Beauftragte, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 700.
[2]) Oertmann, a. a. O. S. 700. vgl. Planck a. a. O. S. 664.
[3]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 700; Planck a. a. O. S. 664.
[4]) Mot. II. S. 538.

Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, den Offenbarungseid dahin zu leisten, dass er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

Was schliesslich die rechtliche Natur der Vorschriften des § 666 anbelangt, so hat Oertmann[1] in der 1. Auflage seines Kommentars im Gegensatz zur herrschenden Meinung[2] angenommen, dass die Bestimmungen zwingendes Recht enthielten, in der zweiten Auflage aber seine Ansicht dahin modifiziert, dass er jedenfalls hinsichtlich der Rechenschaftsablegung seine Meinung aufrecht halten zu sollen glaube, da das Gegenteil hier praktisch einem Freibrief für vorsätzliche Benachteiligung gleichkommen möchte, wie ihn das Gesetz nicht anerkenne.

M. E. können die Bestimmungen des § 666 durch Vereinbarung der Parteien weder eingeschränkt noch völlig ausgeschlossen werden, dies würde nicht nur dem Wesen des Auftrags, insbesondere aber dem Wesen der Geschäftsbesorgung widersprechen, und der Dienstherr einer Ausbeutung durch den Dienstleistenden unter Umständen schutzlos preisgegeben sein. Ich möchte mich daher der von Oertmann (1. Aufl.) vertretenen Meinung anschliessen.

c) Die Pflicht zur Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten. (§ 667 B.G.B.)

Nach § 667 ist der Beauftragte verpflichtet, gleichviel, ob eine Rechenschaftsablegung stattgefunden hat oder nicht, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.

---

[1]) Oertmann a. a. O. S. 667, 2c.

[2]) vgl. Planck a. a. O. S. 663 unten.

Diese dem früheren Rechte entsprechende[1]) und bereits im I. Entwurf enthaltene[2]) Verpflichtung umfasst:

1. alles das, was der Beauftragte (Dienstleistende) zur Ausführung des Auftrags (Geschäftsbesorgung) erlangt hat, selbstverständlich aber mit der Einschränkung, soweit es nicht bestimmungsgemäss durch die Ausführung des Auftrags konsumiert worden ist;
2. dasjenige, was der Beauftragte (Dienstleistende) aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Über diesen Punkt herrscht in der Literatur Streit.

Zweifellos erstreckt sich die Verpflichtung zur Herausgabe auch auf Zubehör, Accessionen, Früchte und Nutzungen überhaupt. Dagegen wurde bereits in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs behauptet,[3]) dass der Beauftragte auch Geschenke und Extraprovisionen, welche er wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte von einem Dritten erhalte, dem Auftraggeber herausgeben müsse.

Dieser Meinung haben sich zahlreiche Autoren angeschlossen.[4])

Dagegen hat bereits Oertmann[5]) treffend angeführt, dass sie auf einer allzu engherzigen, dem Geiste des Gesetzes und den Absichten der Beteiligten nicht entsprechenden buchstäblichen Auslegung des Paragraphen beruhe, denn solche Extrazuwendungen habe der Beauftragte (Dienstleistende) schliesslich doch auch weniger aus, als vielmehr nur gelegentlich der Geschäftsbesorgung erhalten.

---

[1]) l. 20 pr. D. 17,1 („ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.")

[2]) Mot. II. S. 538.

[3]) Prot. II. S. 360.

[4]) Vgl. die bei Staudinger a. a. O. S. 532 Genannten, z. B. Fischer-Henle, Kuhlenbeck, Neumann, alle a. a. O., auch Cosack und Dernburg.

[5]) Oertmann a. a. O. S. 701.

Wir werden daher mit Oertmann im einzelnen Falle zu untersuchen haben, ob die freiwillige Extrazuwendung des Gegenkontrahenten dem Beauftragten (Dienstleistenden) persönlich zugedacht war,[1]) oder ob sie vorwiegend auf die Geschäftsbesorgung als solche gewährt worden ist.

Kann der Beauftragte (Dienstleistende) infolge eigenen Verschuldens der in § 667 statuierten Herausgabepflicht nicht nachkommen, so hat er dem Auftraggeber (Dienstherrn) Schadensersatz zu leisten; dagegen steht ihm gegen den Auftraggeber das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 sowie das Recht zu, mit seinen etwaigen Gegenansprüchen, insbesondere aus § 670 aufzurechnen. (§ 387 ff. B.G.B.)

d) Die Verzinsungspflicht des Dienstleistenden. (§ 668 B.G.B.)

In Übereinstimmung mit dem ersten Entwurf[2]) § 593) setzt § 668 B.G.B. fest, dass der Beauftragte Gelder, welche er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden verpflichtet ist, aber für sich verwendet hat, von der Zeit der Verwendung an verzinsen muss.

Zur Anwendung dieser Vorschrift genügt die Tatsache, dass der Beauftragte das Geld für sich verwendet hat,[3]) gleichviel ob dem Auftraggeber (Dienstherrn) dadurch ein Schaden erwachsen ist oder nicht, gleichviel ob den Dienstleistenden dabei ein Verschulden[4]) trifft oder nicht, gleichviel zu welchem Zwecke er das Geld verwendet hat.

---

[1]) Oder ihm aus selbständigen, mit der Ausführung des Auftrags (der Geschäftsbesorgung) nur äusserlich im Zusammenhange stehenden Geschäften zufliesst.

[2]) Mot. II. S. 539.

[3]) Dies hat der Dienstherr zu beweisen.

[4]) Die Vorschrift gilt auch für die Fälle, in welchen der Dienstleistende im guten Glauben gehandelt hat. Mot. II. S. 539.

Neben den Bestimmungen des § 668 bleibt es aber dem Auftraggeber (Dienstherrn) unbenommen, den Beauftragten (Dienstleistenden) wegen eines weiteren, erweislich höheren Schadens, in Anspruch zu nehmen. Für diese Behauptung ist jedoch er beweispflichtig.

§ 8.

Die Pflichten des Dienstherrn.

a) Die Vorschusspflicht des Dienstherrn. (§ 669 B.G.B.)

Die Pflichten des Dienstherrn sind in den §§ 669 und 670 B.G.B. geregelt.[1]) Gemäss § 669 hat der Dienstherr dem Dienstleistenden für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen Vorschuss zu leisten.

Die Frage, ob § 669 dem Dienstleistenden einen klagbaren Anspruch auf Vorschussleistung gewährt, oder ob der Dienstleistende nur berechtigt ist, die Entfaltung seiner Tätigkeit von einer vorhergehenden Vorschussleistung abhängig zu machen, ist bestritten.

Nach Massgabe der Motive[2]) gibt § 669 dem Dienstleistenden keinen klagbaren Anspruch auf Leistung eines Vorschusses. Dies ergebe sich aus der Natur des Mandats, insbesondere aus dessen Widerruflichkeit. Gegen die Klagbarkeit wird auch geltend gemacht, dass dem Beauftragten schon deshalb ein Recht auf Vorschussleistung nicht zustehe, da er nicht einmal ein Recht auf die Ausführung des Auftrages überhaupt habe.[3])

---

[1]) Die Vorschriften der §§ 669 und 670 auf den gewöhnlichen Dienstvertrag anzuwenden, (vgl. Höchstädter a. a. O. S. 69) halte ich mit Rücksicht auf die unselbständige Stellung des auf Grund eines gewöhnlichen Dienstvertrages Dienstleistenden für bedenklich.

[2]) Mot. II. S. 540.

[3]) Staudinger a. a. O. S. 534.

Obgleich die praktische Bedeutung der ganzen Frage eine geringe ist, wird man m. E. dem römischen Recht folgen müssen, welches in l 12 § 17 D. 17, I bestimmt:

„potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum (maxime si jam quaedam ad faciendum paravit)."

Auch ist, wie Oertmann[1]) ausführt, eine Klagbarkeit des Vorschussanspruches schon deshalb gegeben[2]), weil in der Verweigerung eines Vorschusses durch den Auftraggeber noch kein Widerruf des erteilten Auftrags zu liegen braucht. Solange aber das Auftragsverhältnis bzw. Dienstverhältnis besteht, ist auch die Pflicht aus § 669 vorhanden, und aus einer Rechtspflicht gewährt das moderne Recht, von ganz besonderen Fällen abgesehen, im Falle der Verletzung ohne weiteres das Rechtsschutzmittel der Klage.

Daher ist auch dem Dienstleistenden im Sinne des § 675 ein klagbarer Anspruch auf Vorschussleistung gegen den Dienstherrn gegeben.

b) Die Erstattungspflicht des Dienstherrn. (§ 670 B.G.B.)

Der Dienstherr ist ferner verpflichtet, Aufwendungen, welche der Dienstleistende zum Zwecke der Geschäftsbesorgung gemacht hat, und die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, zu ersetzen.[3])

Auch diese Verpflichtung entspricht dem Wesen der Geschäftsbesorgung, welche eine unmittelbar für den

---

[1]) Oertmann a. a. O. S. 703.

[2]) Es sei denn, dass bei einem Dienstvertrag des § 675 die ev. Vergütung gezahlt wird für die Tätigkeit und Auslagen zusammen; in diesem Falle ist ein Anspruch auf Vorschussleistung nicht gegeben. Vgl. die ff. Ausführungen zu § 670.

[3]) Vgl. Mot. II. S. 541.

Dienstherrn wirtschaftlich bedeutungsvolle Tätigkeit erfordert. Es ist daher ein Gebot der Billigkeit, dass der Dienstherr dem Dienstleistenden die von diesem zum Zwecke der Geschäftsbesorgung gemachten Aufwendungen zu ersetzen hat.

Diese Verpflichtung greift jedoch nicht unter allen Umständen Platz.

Wenn z. B. in der vom Dienstherrn zu gewährenden Vergütung der Ersatz für Auslagen mit inbegriffen ist, kann selbstverständlich nicht noch besonders auf Grund des § 670 Ersatz von Aufwendungen beansprucht werden.[1])

Zu den vom Dienstherrn zu ersetzenden „Aufwendungen" gehören nicht nur Geldausgaben, sondern auch alle vom Dienstleistenden zum Besten der aufgetragenen Geschäftsbesorgung gemachten Opfer an Vermögenswerten,[2]) gleichviel ob in Geld oder anderen Gegenständen, nicht nur Sachen, sondern auch Rechten, gleichviel, ob diese Aufwendungen unmittelbar zur Ausführung bestimmt sind, oder nur sonst mit ihr in ursächlichem Zusammenhang stehen.

Auch Handlungen des Dienstleistenden, welche nicht direkt auf die Geschäftsbesorgung gerichtet sind, sondern nur mit dieser zusammenhängen, können als Aufwendungen im Sinne des § 670 erscheinen, z. B. wenn der Dienstleistende dafür seinem Beruf entsprechend eine Vergütung zu erhalten pflegt und nicht anzunehmen ist, dass die betreffende Handlung vereinbarungsgemäss unentgeltlich übernommen werden sollte.[3])

[1]) Vgl. Anm. 2 der vorigen Seite.

[2]) Oertmann, a. a. O. S. 704.

[3]) z. B. wird ein Rechtsanwalt, welcher die Verwaltung eines fremden Vermögens übernommen hat, regelmässig als befugt anzusehen sein, für Prozesse, welche er in Durchführung der Verwaltung führt, die gesetzlichen Gebühren zu berechnen; Neumann a. a. O. zu § 670 Erl. 7; vgl. Planck a. a. O. S. 667 und Staudinger a. a. O. S. 535.

Desgleichen liegt eine Aufwendung im Sinne des § 670 vor, wenn der Dienstleistende infolge der Geschäftsbesorgung anderweitigen lohnenden Verdienst innerhalb der Ausführungszeit hat aufgeben müssen.[1])

Die viel umstrittene, auch in den Motiven[2]) und Protokollen[3]) erörterte Frage, inwieweit der Dienstherr dem Dienstleistenden zum Ersatze eines Schadens verpflichtet ist,[4]) den der Dienstleistende bei der Geschäftsbesorgung durch Zufall erleidet, soll hier eine breitere Erörterung nicht finden; es soll nur darauf hingewiesen werden, dass der Dienstherr nur insoweit für derartige Schäden des Dienstleistenden aufzukommen hat, als ihm ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) zur Last fällt. Da jedoch die Vorschriften des § 670 dispositiver Natur sind, kann eine Erweiterung oder Einschränkung der Haftung des Dienstherrn ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden.[5])

---

[1]) Vgl. Oertmann, a. a. O. S. 704.

[2]) Mot. II. S. 541.

[3]) Prot. II. S. 367 ff.

[4]) Vgl. die Ansichten in dieser Frage bei Oertmann a. a. O. S. 704.

[5]) Vgl. Planck a. a. O. S. 666, Staudinger a. a. O. S. 536, Oertmann a. a. O. S. 705.

§ 9.

Das Erlöschen des Dienstvertrages.

a Die Kündigung seitens des Dienstleistenden. (§ 671 Abs. 2 B.G.B.)

Nach Massgabe von § 675 finden, wenn dem Dienstleistenden das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung Demgemäss hat der Dienstleistende zwar im Prinzip das Recht zu kündigen; die Kündigung darf jedoch keine intempestive sein. Der Dienstleistende ist vielmehr verpflichtet, in der Art zu kündigen, dass der Dienstherr für die Geschäftsbesorgung anderweit Fürsorge zu treffen im Stande bleibt. Kündigt der Dienstleistende zur Unzeit, so ist die Kündigung zwar nicht wirkungslos, der Dienstleistende haftet aber für den entstandenen Schaden, es sei denn, dass ein wichtiger Grund zur Kündigung vorhanden war. Wann dies zutrifft, richtet sich nach dem konkreten Falle.

Im Übrigen ist die Vorschrift des § 671 Abs. 2 auf jeden Dienstvertrag anwendbar.[1])

b) Tod des Dienstherrn. (§ 672 B.G.B.)

In gleicher Weise wie beim gewöhnlichen Dienstvertrage[2]) ist auch beim Dienstvertrage des § 675 der

[1]) Vgl. Höchstädter a. a. O. S. 73. Oertmann a. a. O. S. 713.
[2]) Mot. II. S. 465.

Tod[1]) des Dienstherrn nach der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 672 auf die Geschäftsbesorgung im Zweifel ohne Einfluss.

Daher besteht das begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstleistenden und dem Rechtsnachfolger (Erben) des Dienstherrn im Zweifel unverändert fort.[2])

Ist jedoch durch den Tod des Dienstherrn der besondere Dienstvertrag erloschen, so ist der Dienstleistende, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, verpflichtet, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Dienstherrn anderweit Fürsorge treffen kann; insoweit gilt das ursprüngliche Rechtsverhältnis des § 675 als fortbestehend.

Durch diese Bestimmung ist dem Begriff der Geschäftsbesorgung Rechnung getragen, indem durch sie eine Unterbrechung der unmittelbar für den Dienstberechtigten bezw. dessen Rechtsnachfolger wirtschaftlich bedeutungsvollen Tätigkeit des Dienstleistenden verhindert werden soll.

Die gleiche Vorschrift gilt auch für den Fall, dass der Dienstherr aus irgend einem Grunde geschäftsunfähig wird.[3])

---

[1]) bezgl. der Geschäftsunfähigkeit vgl. Prot. II. S. 373: „Die Ausdehnung der Vorschrift des § 672 auf diesen Fall ist zwar selbstverständlich, denn wenn schon ein durch den Tod herbeigeführter Wechsel in der Person des Dienstherrn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis unberührt lässt, muss dies in noch weit höherem Masse gelten, wenn der Dienstherr derselbe bleibt und nur an seine Stelle ein Repräsentant oder Vormund tritt.“
Trotzdem wurde die Vorschrift betr. die Geschäftsunfähigkeit des Dienstherrn beibehalten mit Rücksicht auf die ungleichmässige Beurteilung des Todes und der Geschäftsunfähigkeit des Dienstherrn durch das gemeine Recht.

[2]) Mot. II. S. 548.

[3]) oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, vgl. Mot. II. S. 549.

c) Tod des Dienstleistenden. (§ 673 B.G.B.)

Im Gegensatz zu dem Falle des Todes des Dienstherrn erlischt im Zweifel der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienstvertrag durch den Tod[1]) des Dienstleistenden.[2])

Diese Bestimmung entspricht gleichfalls dem Charakter des Geschäftsbesorgungsvertrages als eines Vertrauensverhältnisses des Dienstherrn zum Dienstleistenden, welches mit dem Tode des Letzteren sein Ende erreicht und sich nicht ohne weiteres auf die Erben des Dienstleistenden erstreckt.[3])

Sie entspricht auch dem Erfordernis der Geschäftsbesorgung als der unmittelbar für den Dienstherrn wirtschaftlich bedeutungsvollen Tätigkeit des Dienstleistenden.

Der Dienstherr soll durch den Tod des Dienstleistenden nicht geschädigt werden; daher trifft auch hier, in ähnlicher Weise wie beim Tod des Dienstherrn, falls die Geschäftsbesorgung durch den Tod des Dienstleistenden erloschen ist, den Erben des Letzteren die Verpflichtung, dem Dienstherrn den Tod unverzüglich anzuzeigen, um ihm Gelegenheit zu geben, möglichst schnell einen Andern mit der Geschäftsbesorgung zu betrauen, und, wenn Gefahr im Verzuge ist, die

[1]) Über die Wirkung eintretender Geschäftsunfähigkeit des Dienstleistenden auf den zu Grunde liegenden besonderen Dienstvertrag enthält das B.G.B. keine Bestimmungen. Man wird daher m. E. nicht ohne weiteres annehmen dürfen, dass sie ein Erlöschen des Rechtsverhältnisses zur Folge hat, wie z. B. Schollmeyer a. a. O. S. 125 annimmt. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 710.

[2]) Über den Einfluss des Todes des Dienstleistenden beim gewöhnlichen Dienstvertrage auf das Dienstverhältnis schweigt das B.G.B. Doch auch dort hat der Tod des Dienstleistenden die Beendigung des Dienstverhältnisses zur Folge wegen der sich ergebenden objektiven Unmöglichkeit der Leistung.
Vgl. Mot. II. S. 465.

[3]) Oertmann, a. a. O. S. 709.

Besorgung des übertragenen Geschäfts solange fortzusetzen, bis der Dienstherr anderweite Fürsorge hat treffen können.

Auch hier gilt in Ansehung dieser Pflicht das alte Rechtsgeschäft des § 675 als fortbestehend.

d) Die relative Fortdauer des Dienstverhältnisses zu Gunsten des gutgläubigen Dienstleistenden. (§ 674 B.G.B.)

Während die §§ 672 und 673 zu Gunsten des Dienstherrn gegeben sind, stellt sich die Vorschrift des § 674 als ein Schutzgesetz für den Dienstleistenden dar.

Es ist möglich, dass der Dienstvertrag des § 675 erlischt, ohne dass der Dienstleistende dies sofort erfährt. Da dieser nun, wenn er seine Geschäftsbesorgung fortsetzte und dabei im Glauben an das Fortbestehen des Dienstverhältnisses Aufwendungen machte, für diese keinen Ersatz beanspruchen könnte und auf diese Weise geschädigt würde,[1]) gilt der Dienstvertrag des § 675, wenn er in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, nach Massgabe der Bestimmung des § 674 aus Billigkeitsgründen zu Gunsten des Dienstleistenden gleichwohl als fortbestehend,[2]) bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muss.[3])

Die Bestimmung des § 674 greift zunächst in allen Beendigungsfällen des Dienstvertrages im Sinne des § 675, mit Ausnahme des durch Widerruf[4]) erfolgten Erlöschens Platz.

---

[1]) Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewähren ihm ebenfalls keinen ausreichenden Schutz. Vgl. Planck a. a. O. S. 673 und die dortige Begründung.

[2]) Vgl. §§ 729, 1424, 1472, 1497, 1546, 1549, 1682, 1893, 2140 B.G.B.

[3]) Vgl. dazu die §§ 168, 169 B.G.B.

[4]) Der vom E. I. berücksichtigte bedingte Widerruf wurde von der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs beseitigt mit der Begründung, dass der bedingte Widerruf kein Widerruf im eigentlichen Sinne sei. Vgl. Prot. II. S. 375.

Der Grund ist darin zu suchen, dass der Widerruf eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist, die nicht schon bei ihrer Abgabe, sondern erst in dem Zeitpunkte dem Dienstleistenden gegenüber wirksam wird, in welchem sie diesem zugeht. Daher wäre eine Ausdehnung der Vorschrift des § 674 auf den Fall des Widerrufs im allgemeinen[1]) überflüssig.

Das Dienstverhältnis gilt jedoch zu Gunsten des Dienstleistenden nur solange als fortbestehend, bis dieser von dessen Erlöschen Kenntnis erhält. Das Kennenmüssen ist der Kenntnis in Rücksicht auf die Rechtsstellung der Beteiligten und aus Gründen der Billigkeit gleichgestellt. Beide hat der Dienstherr zu beweisen.

e) Konkurs des Dienstherrn. (§ 23 K.O.)

Ausser den im § 675 B.G.B. für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften des Auftragsrechts kommt gemäss § 23 Abs. 2 der Konkursordnung auch die Bestimmung des § 23 Abs. 1 K.O. auf einen Dienstvertrag des § 675 B.G.B. zur Anwendung.[2])

---

[1]) Es ist jedoch möglich, dass der Dienstleistende von der Zustellung der Widerrufserklärung und somit von dem Erlöschen des Dienstverhältnisses nicht sofort Kenntnis erhält. Für diesen Fall ist aber eine Fortdauer des Dienstvertrages als der Empfangstheorie widersprechend nicht anzunehmen. Vgl. Mot. II. S. 554. Da dies zu unmotivierten Härten führen kann, (vgl. Schlossmann a. a. O. S. 558/59) andererseits aber eine analoge Anwendung des § 674 auf diese Fälle, wie Schlossmann vorschlägt, mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 674 bedenklich erscheint, wird man am besten mit Oertmann dem Dienstleistenden für die Zeit vom Zugehen des Widerrufs an bis zur Kenntnisnahme der Erklärung durch den Dienstleistenden die Stellung eines Geschäftsführers einräumen, die durch den Glauben an den fortbestehenden Dienstvertrag nicht in Frage gestellt wird. (Oertmann a. a. O. S. 711.)

[2]) Der Konkurs des Dienstleistenden ist in der Regel wirkungslos, und genügen die Bestimmungen betr. das Widerrufs- und Kündigungsrecht, vgl. Oertmann a. a. O. S. 708.

Demgemäss erlischt der besondere Dienstvertrag, wenn über das Vermögen des Dienstherrn Konkurs eröffnet wird[1]), es sei denn, dass der Dienstvertrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht.

Durch diese Vorschrift ist die Schwierigkeit der Frage, ob die Konkursmasse und, wenn nicht, ob der Dienstherr (Gemeinschuldner) durch die Handlungen des Dienstleistenden nach der Konkurseröffnung verpflichtet[2]) werden, durchgreifend geregelt worden.

Demgemäss wird für einen Dienstvertrag des § 675, der keine Beziehung auf das Vermögen des Dienstherrn hat, der nur das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ergreifende Konkurs gleichgiltig bleiben.[3])

Wenn dagegen dieser Dienstvertrag durch die Konkurseröffnung erlischt, so stehen dem Dienstleistenden die Ansprüche aus den §§ 672, Satz 2 und 674 B.G.B. zu.

Dem Dienstleistenden, welcher bei drohender Gefahr die ihm übertragene Geschäftsbesorgung gemäss § 672, Satz 2 trotz Konkurseröffnung fortgesetzt hat, ist die Stellung eines Massegläubigers[4]) eingeräumt worden, (§ 27 K.O.) weil er, wie sich schon aus allgemein konkursrechtlichen Grundsätzen ergibt, im Interesse der Konkursmasse handelt, wenn er die Geschäftsbesorgung wegen Gefahr im Verzuge nach der Konkurseröffnung fortsetzt.

---

[1]) Durch diese Bestimmung rechtfertigt sich nach Lenel a. a. O. S. 38 Anm. 2 der Anspruch des Dienstleistenden auf Erstattung von Aufwendungen. (§ 670).

[2]) Vgl. Mot. II. S. 552. Die Verpflichtung der Masse lässt sich verneinen wegen des Grundsatzes, dass nach Eröffnung des Konkurses das zur Konkursmasse gehörende Vermögen nur der Disposition der Gläubiger unterliegt. Mit der Verpflichtung des Gemeinschuldners wird dagegen dem Dienstleistenden wenig gedient sein.

[3]) Mot. II. S. 552.

[4]) Prot. II. S. 374 ff.

Für den Fall aber, dass der Dienstleistende wegen Unkenntnis der Konkurseröffnung die Geschäftsbesorgung fortgesetzt hat, ist er nach Massgabe von § 27 K.O. hinsichtlich seiner nach der Konkurseröffnung entstandenen Ersatzansprüche als Konkursgläubiger anzusehen.